

《与贸易有关的投资措施协议》与 我国的外资法

厦门大学 蔡庆辉

与贸易有关的投资措施 (Trade-Related Investment Measures, 简称 TRIMs) 和服务贸易、与贸易有关的知识产权保护在乌拉圭回合多边贸易谈判中被列为三个新议题, 并在《最后文件》中达成了《与贸易有关的投资措施协议》(以下简称《投资措施协议》)。

一、谈判议题的提出与《投资措施协议》的达成

投资措施是一国(地区)对外来投资实施管理的具体办法。投资措施可分为鼓励措施和限制措施两大类。国际投资活动在二战后得到迅速发展, 特别是 70 年代以后, 由于越来越多的国家和地区开始经济现代化的进程, 对外来投资的需求急剧增长, 再加上贸易壁垒的加强和跨国公司势力的扩大, 因此国际投资活动的规模与日俱增, 投资的形式也日趋复杂。国际投资活动对各国(地区)的经济产生的影响越来越大, 因而也就必须对此加以管理。目前, 几乎所有的国家(地区)都制定了相应的法律和法规, 对外来投资采取了程度不同的管制措施和鼓励政策, 使外来投资和东道国的经济发展目标相一致。

投资措施对国际贸易与国际投资的影响越来越为各国政府和有关人士所关注, 某些国家(主要是发达国家)认为投资措施会在某种情况下改变国际贸易和国际投资的正常流

向, 从而对国际贸易和国际投资产生扭曲和限制作用(对贸易的限制是指阻碍贸易活动进行; 对贸易的扭曲是指改变贸易的正常流向; 而所谓贸易的正常流向, 是指在没有任何非市场因素干扰情况下, 商品将从低成本地区流向高成本地区)。这些发达国家(以美国为代表)强烈要求取消这些投资措施, 把投资问题纳入关贸总协定的多边框架内。发展中国家则认为接受什么样的投资及对外国投资规定什么样的条件是一国经济主权的体现, 并且这些投资措施主要是用来对付发达国家的限制性商业惯例 (Restrictive Business Practices, 简称 RBP) 的, 所以不同意使其对外国投资的决定受到多边纪律的监督。但是发展中国家和地区为了发展的需要, 获取先进技术, 也开始大力扶持自己的跨国公司积极对外投资如亚洲“四小龙”)。由于上述这些原因, 发展中国家最终改变了它们多年来一直坚持反对把投资问题列入多边谈判的原则立场, 最终在乌拉圭回合达成了《投资措施协议》。

《投资措施协议》是世界贸易组织就投资问题达成的协议, 该协议仅适用于与货物有关的特定投资措施: 《投资措施协议》将关贸总协定中的国民待遇等原则引入国际投资领域, 这对于国际投资法的发展无疑具有十分重要的影响。我国正在为早日加入世贸组织而不懈努力, 当我国成为世贸组织的成员后, 就必须“一揽子”接受包括《投资措

施协议》在内的各项协议。因此对《投资措施协议》进行研究具有重大的意义！

二、我国外资法实施与贸易有关的投资措施现状

《投资措施协议》对与贸易有关的投资措施的定义采取了概括式和列举式相结合的办法；既包括《投资措施协议》附件中特别列举的五项投资措施，也包括除此之外一些符合与贸易有关的投资措施定义特点的投资措施。《投资措施协议》第 2 条第 1 款对与贸易有关的投资措施作了概括式的定义，要求各缔约方不适用与关贸总协定第 3 条（国内税与国内规章的国民待遇）和第 11 条（数量限制的一般取消）不一致的任何与贸易有关的投资措施^①。《投资措施协议》第 2 条第 2 款以及附件则特别列举了予以禁止的五项与贸易有关的投资措施，对与贸易有关的投资措施下了列举式的定义^②。这种区别规定的法律意义是：对于前者，《投资措施协议》并不禁止该投资措施本身，而只有该与贸易有关的投资措施违反了国民待遇原则或废除数量限制原则并给其他缔约方造成严重损害或严重损害威胁时，《投资措施协议》才根据争端解决机制予以解决；而对于后者，《投资措施协议》明令禁止缔约方适用，而无论其是否已造成了损害或损害威胁。这种法律机制颇类似于美国的反托拉斯法中的“合理原则”和“本身违法原则”。

考察《投资措施协议》的规定，同时比较我国现行外资法律和政策，不难发现我国现行外资法律和政策与《投资措施协议》有许多不符之处：

（一）与国民待遇原则不符的与贸易有关的投资措施

国民待遇是世贸组织奉行的基本原则之一，并有其特定的适用范围，它只适用于从

外国进口的商品，即：一缔约国在其境内对来自其他缔约国的产品，应给予与本国生产的同类产品在国内税收和国内规章方面的同等待遇。《投资措施协议》将国民待遇原则引入投资领域，使之在投资领域有了新的含义，即一国对于来自其他国家的直接投资在其资本运作的各方面及各环节的待遇与其给予本国的同类投资的待遇相同。在投资领域中实行国民待遇原则能够保证国内资本和外国资本在同等条件下公平竞争。《投资措施协议》以国民待遇原则为标准来约束缔约方适用与国民待遇原则不符的与贸易有关的投资措施。

考察我国的外资法律与政策，尽管国内法及一些双边协定中规定或承诺了在某些领域给予外国投资者享受国民待遇，但还是存在着许多可能对贸易产生扭曲和限制作用并且违背了国民待遇的与贸易有关的投资措施。

1. 超国民待遇的与贸易有关的投资措施

我国为了吸引外资，往往通过立法和政策为外国投资者的经营活动提供各种便利与优惠，使外国资本的待遇在某些方面比本国同类资本的待遇更为优厚，这些“超国民待遇”的鼓励性投资措施包括：

（1）所得税优惠。内外资企业所得税税率均为 33%，但外商投资企业的所得税根据设立地区（经济特区、经济技术开发区、高新技术产业开发区等）、企业性质（如生产性企业）和所属行业（如基础设施、第一、二、三产业）等方面的不同，按 30%、24% 或 15%，甚至更低的税率征收，并且还可以享受“免二减三”的优惠。就地方税而言，各地方基本上对外资免征地方税。另外，外资企业还享受在投资退税等方面的税收优惠。与之形成鲜明对照的是内资企业不论设立在何处，其所得税加地方税均为

33%。

(2) 流转税优惠。从 1994 年实行新税制后, 增值税、消费税和营业税统一适用于内外资企业, 但 1993 年前批准设立的外商投资企业因征收增值税、消费税和营业税而增加税负的, 可退还多缴纳的税款, 而内资企业则无此项优惠。

(3) 关税优惠。根据《中外合资经营企业法实施条例》第 71 条, 国务院《关于鼓励外商投资的规定》第 13 条以及海关有关关税规定, 外商投资企业可以依法免税进口生产设备、零部件及为生产出口产品而进口的原材料、辅料、元器件、零部件及包装物料等, 这是内资企业所享受不到的。

(4) 进出口经营权和免领进口许可证优惠。根据我国外资法及有关商品进出口的规定, 外商投资企业普遍享有进出口经营权, 可以直接进口生产所需的原材料、机器设备, 可以直接出口自己生产的产品。在现行外贸体制下, 除法律规定或被依法授权的有进出口经营权的企业外, 内资企业一般不得自行办理进出口业务, 而只能根据外贸代理制的规定委托有进出口经营权的单位代理。同时, 根据我国法律的规定, 外商投资企业进口自用的生产物品, 企业所需的设备、原材料和其他物资, 出口企业生产的产品, 均免予办理进出口许可证^③。这些特殊的优惠是众多内资企业可望而不可及的。

上述四项主要是“超国民待遇”的与贸易有关的投资措施, 都违背了国民待遇原则, 但它们都不属于《投资措施协议》及其附件所明令禁止的与贸易有关的投资措施, 发生争议时应作个案处理。

2. “低于国民待遇”的与贸易有关的投资措施

我国为了维护国民经济的正常发展, 使外国投资符合我国经济发展的客观要求, 在积极吸收外资的同时, 对外资在进入生产经

营领域等方面又作出一定的限制性规定, 使外国资本享受的待遇在某些方面低于本国同类资本的待遇。这些所谓的“低于国民待遇”的限制性投资措施包括:

(1) 当地成份要求。当地成份要求是指东道国政府为保持其对外收支平衡, 要求外商投资企业必须购用一定数量或价值的东道国产品作为其自身的生产投入。当地成份要求在《投资措施协议》附件中是被明令禁止的。在我国外资法中, 当地成份要求的规定颇多。《中外合资经营企业法》第 9 条规定: “合营企业所需原材料、燃料、配套件等应尽先在中国购买, 也可由外资企业自备外汇, 直接在国际市场上购买。”《中外合资经营企业法实施条例》第 57 条更加具体地表述: “合营企业所需的机器设备、原材料、燃料、配套件、运输工具和办公用品等(以下简称物资), 有权自行决定在中国购买或向国外购买, 但在同等条件下, 应尽先在中国购买。”此外, 《外资企业法》第 15 条和《中外合作经营企业法》第 19 条的内容也都基本相同。国务院批准发布的《外商投资产业指导目录》(1995 年 6 月经国务院批准发布, 1997 年 12 月经国务院批准修订并发布), 把出租汽车服务业列为限制类的外商投资产业, 同时规定, 使用的出租汽车限于国内购车^④, 显然, 这也构成一项作为外资准入条件的当地成份要求。另外, 我国审批机构在审批外商投资企业时, 也往往会设立某种当地成份要求作为外资准入的条件。比较典型的是国产化要求, 即要求企业提供国产化进程和时间并承诺在一定时间内实现国产化, 对达到国产化要求的企业给予一定优惠, 如上海桑塔纳轿车, 现在国产化率已达 85%, 要求以后能达到 100%^⑤。

(2) 贸易平衡要求。贸易平衡要求是指东道国为防止外汇净流出, 要求外商投资企业为进口所需的外汇不得超过其出口额一定

比例。贸易平衡要求也是《投资措施协议》附件中明令禁止的。贸易平衡要求目的在于限制进口,以免外汇净流出,造成对外收支不平衡。《中外合资经营企业法实施条例》第 75 条规定:“合营企业的外汇收支一般应保持平衡。”《外资企业法》第 18 条规定:“外资企业应自行解决外汇收支平衡。”外汇体制改革以后,外商投资企业用汇逐步放宽,但外资法对外资企业的外汇平衡要求仍是有效的,在审批时也将其作为一项审批条件。

(3)出口实绩要求。出口实绩是指东道国要求外国投资者将其一定比例的产品用于出口。我国外资法以限制性或优惠引导性方法规定的出口实绩要求较多。《外资企业法实施细则》第 3 条规定,设立外资企业的法定条件之一是该企业出口的产值应达到当年产品产值 50%以上。《中外合资经营企业法实施条例》第 14 条和《中外合作经营企业法实施细则》第 12 条规定,报批的合资企业合同应写明在中国境内和境外销售产品的比例。我国外商投资企业的审批机关通常也把外商投资企业的产品是否具有一定比例的外销作为审批条件。而国务院颁布的《关于鼓励外商投资的规定》则将外商投资企业的产品出口与税收优惠挂钩,规定产品出口的外商投资企业可以享受更为优厚的减免税收的待遇。出口实绩要求不属于《投资措施协议》附件所明令禁止的与贸易有关的投资措施,只有在个案处理时才有意义。

(4)当地股权要求。当地股权要求是指东道国政府为限制外国投资所有权,要求外商投资企业或项目中必须有东道国政府或其私人参股。1995 年 6 月经国务院批准发布的《指导外商投资方向暂行规定》第 4 条第 3 款规定,《外商投资产业指导目录》可以列明不允许外商独资经营以及应当由国有资产占控股地位或者主导地位(即国有资产应

占外商投资注册资本 51%以上)的外商投资项目。当地股权要求属于限制性投资措施,对于这种投资措施的作用和影响争议颇大。在《投资措施协议》附件中被明令禁止。

(二)与废除数量限制原则不相符的与贸易有关的投资措施

1. 替代进口的数量要求(或叫进口替代要求)

替代进口的数量要求是指东道国政府要求外国投资者必须符合其进口替代发展战略的需要。《投资措施协议》附件中定义为:“限制企业进口用于当地生产或与当地生产有关的产品数量。这种数量限制是普遍的,或者把它与该企业出口当地产品数量或价值联系起来。”^⑥

中国一些外资立法对外商投资企业的产品规定了“以产顶进”的要求,例如,1987 年《关于中外合资、合作经营企业产品以产顶进办法》第 8 条第 2、3 款规定:“凡经批准实行以产顶进的产品,国内用户在同等条件下,应优先选用。各级进口管理部门和进口审查部门,对合资、合作企业已能生产并符合以产顶进条件的产品,应指导和鼓励国内用户优先采购”。又如,1987 年《中外合资、合作经营企业机电产品以产顶进管理办法》第 5 条规定,对以产顶进的产品,可由中国机电设备招标中心(或经国家经贸委批准的招标公司)按国家有关规定在国内组织招标,指导用户在国内选购,以代替进口。

当地成份要求的实际效果是替代进口,无论是当地成份要求还是进口替代要求均是《投资措施协议》附件所明令禁止的。

2. 通过进口用汇限制实施的替代进口

《投资措施协议》附件定义为:“限制企业用于当地生产或与当地生产有关的产品,这种限制是把企业取得的外汇,以及其带来的外汇流入联系起来。”^⑦这项与贸易

有关的投资措施主要发生在货币不能自由兑换的国家, 由于我国人民币不能自由兑换外汇, 有关部门通常根据内部规定对外商投资企业实施外汇管制。替代进口的数量要求比当地成份要求规定得更为直接, 对贸易的扭曲和限制作用也更为明显, 因而被《投资措施协议》附件明令禁止。

3. 国内销售要求

国内销售要求是指东道国政府要求外国投资者必须将其一定数量的产品以低于国际市场价格的价格在东道国内销售。国内销售要求也是《投资措施协议》附件所明令禁止的。

根据《中外合资经营企业法实施条例》第 14 条第 7 款规定, 合营企业合同应写明原材料购买和产品销售方式, 产品在中国境内和境外销售的比例。《中外合资经营企业法实施条例》第 6 条进一步规定: “合营企业生产的产品, 属于中国急需进口的, 可以以中国国内市场销售为主。”

三、我国外资法与《投资措施协议》接轨的法律问题

中国正在努力争取加入世贸组织, 并已进入实质性阶段, 研究中国外资法与《投资措施协议》的接轨, 并提出相应法律对策, 就成为眼下一个迫切需要解决的问题。为了研究的需要, 可将现阶段我国外资法实施的主要与贸易有关的投资措施分为两大类: 一类是属于《投资措施协议》明令禁止的投资措施, 另一类是《投资措施协议》并未明令禁止的。

(一) 属于《投资措施协议》附件明令禁止的与贸易有关的投资措施必须取消

1. 关于当地成份要求。我国有必要修改上述包括有当地成份要求的法律规范, 使之与《投资措施协议》接轨。取消当地成份

要求不会给我国国民经济造成严重损害。取消当地成份要求后, 我们应当充分利用普惠制待遇, 以抵消取消当地成份要求后的不利影响。目前, 欧盟、日本、加拿大、澳大利亚、新西兰等已给予我国普惠制待遇, 而普惠制原产地规则要求受惠国在使用进口原料或零部件时, 其价值不超过成品总价值的一定比例。外国投资者来华投资的动因之一, 就是其产品可以享受普惠制优惠, 外国投资者为了能够利用这种优惠, 必须也会自动增加其产品的中国成份, 而无论中国法律有无此要求。

2. 关于贸易平衡要求。随着外资逐步进入服务业和国内消费市场, 外汇逆差, 将会大量出现, 如继续要求外商投资企业自求平衡是不可能的。而且, 贸易平衡要求属《投资措施协议》附件明令禁止的。所以, 逐步放宽外汇管制就势在必行。眼下我国已实现了人民币经常项目下可自由兑换, 以后将逐步开放到资本项目, 这是一个循序渐进的过程。另外, 从这几年来看, 我国外商投资企业的外汇平衡一直有较大余额, 如 1992 年净余额为 16.5 亿美元, 1993 年为 60.63 亿美元。而且我国外汇储备到 1998 年 6 月也达到了 1400 多亿美元。这些令人欢欣鼓舞的数据使我们有理由相信, 即使取消贸易(外汇)平衡要求不仅不会给我国收支带来很大冲击, 而且将大大有利于引进外资。

3. 取消替代进口的数量要求、通过限制进口用汇实施替代进口和国内销售要求。这三项与贸易有关的投资措施属违反废除数量限制原则的与贸易有关的投资措施, 其对进出口产品的“数量”的人为影响(即对国际贸易和国际投资的扭曲和限制作用)更为直接和明显, 《投资措施协议》附件明令予以禁止, 我国加入世贸组织后, 取消外资法中的相关规定则是毫无疑问的。

(二) 属于《投资措施协议》并未明令禁止的应加以调整

这类与贸易有关的投资措施又可分为鼓励性和限制性两大类。

1. 鼓励性。主要包括所得税优惠、流转税优惠、关税优惠、进出口经营权和免领进出口许可证优惠。在改革开放之初, 我们通过实施优惠政策来吸引外资, 这也是世界各国改善投资环境、鼓励外国投资的普遍做法, 不仅是必要的、合理的, 而且是现实和明智的抉择。但优惠措施不可避免地存在负面作用: 削弱了内资企业的竞争地位; 造成了国家财政收入的直接减少; 由于优惠政策体现出的地域差异性, 加剧了地区经济发展的不平衡, 也造成了外资企业因投资地区不同而彼此待遇不公平现象, 妨碍了外资企业之间的公平竞争。如今我国情况已经发生了巨大变化, 外汇短少、资金奇缺的现象已经不是主要问题了。因此, 从我国投资战略考虑, 应当由原来简单通过税收等优惠来吸收外资循序渐进地向全方位改变投资环境转变。就我国现状而言, 要实现内、外资企业在优惠上享受同等待遇, 全面实施外资国民待遇制度, 只能逐步进行, 不能一蹴而就, 搞一刀切。否则必将产生严重后果, 例如以劳动密集型为主的外国投资, 就可能转向东欧及东盟一些优惠较多的国家。

2. 限制性与贸易有关的投资措施, 主要是出口实绩要求和当地股权要求两项。第 1 项是出口实绩要求。《投资措施协议》附件并未将出口实绩要求列入明令禁止, 加入世贸组织后我国仍可保留这项措施, 但在实施过程中必须区别对待: 对那些简单的劳动密集型项目, 可以规定一定出口义务而推动其进入国际市场, 对于资本密集型高新技术项目则可以提供一定的国内市场, 使其为我

国产业结构和产品升级换代提供动力。同时, 在实施这项措施时应避免因此而可能造成的企业对外倾销产品而使其它国家遭受损害。第 2 项是当地股权要求。《投资措施协议》附件也未明令禁止, 加入世贸组织后我国仍可保留一些对国计民生有重大影响且有良好前景的产业, 需要利用外资以及引进先进技术的, 可继续要求国有资产占一定比例, 而不能完全给外商经营。这也是符合国际惯例的。世界上不少国家包括一些发达国家, 如澳大利亚、日本、奥地利、挪威、瑞典和美国等, 也在各种特定的行业实行当地股权要求。当然, 当地股权要求适用的外资领域应当坚持合理、有限的原则。

另外, 根据《投资措施协议》的透明度要求, 要使我国外资法与《投资措施协议》接轨, 还应当注意加大我国外资法的透明度。

注释:

① 见《与贸易有关的投资措施协议》第 2 条。

② 见《与贸易有关的投资措施协议》第 2 条及《与贸易有关的投资措施协议》附件。

③ 见《中华人民共和国对外贸易法》第 9 条。

④ 见《外商投资产业指导目录》(于 1997 年 12 月 29 日经国务院批准修订, 自 1998 年 1 月 1 日起施行): 限制外商投资产业目录甲类第(八)项。

⑤ 汪尧田主编:《关税与贸易总协定新论》, 立信会计出版社 1993 年版, 第 185 页。

⑥⑦ 见《与贸易有关的投资措施协议》附件。

(责任编辑 武 齐)